Brèves Lamy Lexel
Décembre 2007

Ils sont là pour vous accompagner…

Afin que vous nous connaissiez mieux, autant d'un point de vue humain que purement technique, nous vous présentons régulièrement les avocats du cabinet Lamy Lexel qui accompagnent votre entreprise dans ses évolutions, participent à votre réflexion stratégique, vous aident à faire aboutir vos projets...

Marie-Christine AGAL, 49 ans, titulaire d'un DEA de droit social obtenu à l'Institut des Etudes du Travail et de la Sécurité Sociale en 1991, a débuté sa carrière au cabinet Lexel Conseil, devenu LAMY LEXEL en 1998, et n'a depuis cessé d'évoluer au sein de l'équipe Droit Social de Lyon.

Elle est entrée au cabinet en novembre 1990 en qualité de conseil juridique stagiaire puis est devenue avocate en 1994 après avoir prêté serment au terme de son stage. Elle a alors exercé en tant que collaboratrice avant d'être nommée associée du Cabinet en 2001. Elle a passé avec succès sa spécialisation en droit social en 2005.

Marie-Christine AGAL s'est spécialisée dans la gestion des relations collectives du travail ; elle accompagne les dirigeants et les DRH dans la conduite des opérations de restructuration, d'externalisation, dans la négociation des accords d'entreprise mais également dans la négociation de transactions importantes.

Elle intervient ainsi principalement dans les domaines suivants :
- Restructurations
- Plans sociaux
- Institutions représentatives du personnel (négociation collective, aménagement des plans de travail, accords collectifs)

- Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
- Relations individuelles du travail

Brigitte BEZIAN, 58 ans, titulaire du DEA de Droit Privé Général et du DEA de Droit Social, Maître de Conférence à l'Université de Paris X Nanterre, a crée son propre cabinet, le Cabinet Bézian, avant d'intégrer le Cabinet LAMY LEXEL en 2000 en qualité d'associée du département Droit Social de Paris.

Brigitte BEZIAN est responsable du département Droit Social de Paris, constitué de 5 collaborateurs.

Elle est une spécialiste des différentes dimensions du Droit Social. Tant sur le domaine du conseil que du contentieux, elle assiste les cadres dirigeants et les DRH de grandes PME (de 500 à 600 salariés) et de groupes d'entreprises (de plus de 1000 salariés) issus de secteurs très divers, comme la télécommunication, la banque, l'industrie chimie, la métallurgie, l'hôtellerie-restauration, le bâtiment, ou encore les services, sur leurs problématiques sociales liées au développement de leurs activités, à la délégation et à la formation.

Elle bénéficie d'une expérience reconnue en matière de :
- Restructurations douce et agressive (plan sociaux)
- Formation professionnelle
- Externalisation
- Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences
- Négociation d'accords collectifs
- Gestion des institutions représentatives

Marie-Christine AGAL et **Brigitte BEZIAN**, avocates de Droit Social, ont co-animé récemment des petits déjeuners débats organisés autour du thème de la GPEC (gestion prévisionnelle des emplois et des compétences). La GPEC, dont la négociation a été rendue obligatoire, mène les entreprises à anticiper leurs évolutions stratégiques, à adapter leurs moyens humains, et à accompagner le changement.

Ces évènements avaient pour vocation d'aider les dirigeants d'entreprises et les directeurs des ressources humaines dans la mise en place des négociations obligatoires à mener sur ce sujet. Elles ont amené des réponses aux questions qu'ils se posaient telles que :
- quand, comment et avec qui négocier ?
- quels éléments faut-il inclure à l'accord ?

Nos avocates interviennent aux côtés des dirigeants et des DRH pour mettre en œuvre une politique de ressources humaines en adéquation avec leurs stratégies.

Pour les contacter : mcagal@lamy-lexel.com – 33 (0)4 72 74 53 00.
bbezian@lamy-lexel.com – 33 (0)1 55 27 24 00

Droit des Affaires

➢ Sous-traitance d'un marché public de travaux

Le Conseil d'Etat vient de juger qu'une entreprise qui se contente de livrer des fournitures (au cas d'espèce, approvisionner un chantier en béton prêt à l'emploi) et qui ne réalise pas un véritable contrat d'entreprises ne bénéficie pas du droit au paiement direct, même si le formalisme de la loi du 31 décembre 1975 (sous-traitant agrée et conditions de paiement acceptés par le maître de l'ouvrage) a été respecté.

Formalisme ou non, il faut s'assurer avant tout que le contrat conclu par le sous-traitant entre bien dans le champ d'application de la loi.

➢ Faute grave de l'agent commercial

Un agent commercial non exclusif représente les produits et services concurrents sans en avoir informé son mandant.

La Cour de Cassation qualifie sa conduite de faute grave, en **violation de l'obligation de non concurrence légale de l'agent fondée sur la loyauté** (articles L. 134-3 et L. 134-4 alinéa 2 du Code de Commerce).

Rappelons que la qualification de faute grave prive l'agent commercial de son indemnité de fin de contrat.

L'agent, même non exclusif, aura tout intérêt à **solliciter par écrit et préalablement l'autorisation du mandant pour représenter des produits ou services pouvant être concurrents**.

Attention aux faits de tolérance ou silence du mandant : une réponse écrite ménagera un élément de preuve.

➢ Emploi obligatoire de la langue française

La Loi « Toubon » du 4 août 1994 impose l'emploi de la langue française dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue ou des conditions de garantie d'un bien, produit ou service.

Un importateur de jouet avait partiellement traduit le mode d'emploi en français, en laissant des parties rédigées en allemand.

La Cour d'Appel de Paris (25 octobre 2006), plus clémente sur ce point que la Cour de Cassation, décide que le mode d'emploi est licite car :

- la partie concernant les précautions d'utilisation et de sécurité des jouets avait bien été traduite en français.
- la partie instructions de montage, non traduite, était en revanche accompagnée de graphiques et illustrations.

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation ne limitant pas l'application de la loi « Toubon » aux seules mentions obligatoires et nécessaires à l'information des consommateurs, **il est plus prudent de traduire en français l'intégralité des notices et modes d'emploi.**

Droit Social

➢ Elections prud'homales 2008 : nouvelles modalités d'organisation (décrets du 30 octobre 2007)

Deux décrets en date du 30 octobre 2007 modifient, entre autres, certaines obligations des employeurs en matière d'élections prud'homales, notamment la déclaration prud'homale et la consultation des données prud'homales.

Intégration de la déclaration prud'homale dans la Déclaration annuelle des salaires (DADS) ou la Déclaration trimestrielle des salaires (DTS)

Désormais, la déclaration prud'homale est intégrée dans la Déclaration annuelle des salaires pour le régime général et la Déclaration trimestrielle des salaires pour le régime agricole.

Doivent y figurer en outre pour chaque salarié : les nom et prénom, date et lieu de naissance, le domicile, le numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques, le collège, la section et la commune d'inscription (nouvel article R 513-11 du code du travail).

Organisation de la consultation des données prud'homales

Désormais, en application du nouvel article R 513-12 du Code du Travail, l'employeur doit prendre l'initiative de la consultation.

D'une part, il doit mettre à la disposition des salariés de l'établissement des délégués du personnel, des représentants syndicaux et des délégués syndicaux les données suivantes : les nom et prénom, le domicile, la section, le collège et la commune d'inscription de chaque électeur.

D'autre part, cette consultation doit être organisée :
- en 2007 pour les données 2006 déclarées début 2007 ;
- en 2008 pour les données 2007 déclarées début 2008 : au plus tard le 25 janvier 2008 en cas de Déclaration trimestrielle des salaires et au plus tard le 15 février 2008 en cas de Déclaration annuelle des salaires.

Cette mise à disposition permet aux salariés et à leurs représentants de vérifier les données déclarées afin de les fiabiliser. Les observations émises sont ensuite directement transmises par l'employeur au maire de la commune d'implantation de l'établissement.

➢ La mention de la Convention collective sur le bulletin de paie : une présomption simple (Cour de Cassation, Chambre Sociale - 15 novembre 2007)

S'appuyant sur une jurisprudence bien établie depuis l'arrêt du 18 juillet 2000, rendue par la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, une salariée demandait, en application de l'article R.143-2 du Code du Travail, le bénéfice d'une prime d'ancienneté prévue par la convention collective de l'import-export, au motif que la mention de la convention collective sur son bulletin de paie valait reconnaissance de son application, alors même que l'employeur appliquait une autre convention.

Par l'arrêt du 15 novembre, la Chambre Sociale affine sa jurisprudence en posant le principe selon lequel l'employeur dispose de la faculté d'apporter la preuve contraire à cette mention faite d'une convention collective sur les bulletins de salaire.

En l'espèce, l'employeur fait tomber la présomption aux motifs :
- que la seule convention collective applicable à son entreprise est celle des vins, spiritueux et liqueurs, laquelle est déterminée au regard de son activité principale ;
- que la convention collective revendiquée par la salariée n'a jamais été appliquée en tout ou partie dans l'entreprise ;
- qu'une telle mention provenait d'une erreur manifeste.

Par conséquent, ne viole pas l'article R. 143-2 du Code du Travail, l'employeur qui démontre **une absence d'intention claire et non équivoque de faire une application volontaire de la convention collective mentionnée sur les bulletins de salaire**.

➢ Le refus du report des congés-payés à la suite d'un accident du travail : allocation de dommages et intérêts (Cour de Cassation, Chambre Sociale - 27 septembre 2007)

En application de l'article L. 223-9 du Code du Travail, il est prévu la possibilité de reporter des congés payés à titre exceptionnel.

Opérant un revirement de jurisprudence, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation remet en cause le principe selon lequel les congés payés non pris en temps utile sont perdus.

Désormais « lorsque le salarié s'est trouvé **dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels** au cours de l'année prévue par le Code du Travail ou une convention collective **en raison d'absences liées à un accident du travail ou une maladie professionnelle**, **les congés payés acquis doivent être reportés après la date de la reprise du travail** ».

A défaut, l'employeur est tenu d'allouer au salarié des dommages et intérêts en réparation du préjudice que lui a causé son refus de lui faire bénéficier du report de ses congés payés non pris.

Pour autant, les juges restreignent la solution aux seules absences liées à un accident du travail ou à une maladie professionnelle.
Par conséquent, hormis cette situation et sous réserve d'une extension jurisprudentielle, l'employeur peut encore opposer au salarié un refus du report des congés payés, dès lors que ces derniers n'ont pu être pris pendant la période prévue à cet effet.

➢ Chartes d'éthique et alertes professionnelles (Tribunal de Grande Instance de Nanterre - 19 octobre 2007)

Un récent jugement du Tribunal de Grande Instance de Nanterre vient d'apporter un élément nouveau à la construction d'un régime juridique applicable aux « chartes d'éthique », ou « codes de conduite », et aux systèmes d' « alertes professionnelles », ou « alertes éthiques », mis en place dans les entreprises afin de lutter contre la corruption.

Chartes d'éthique : attention à la requalification en adjonction au règlement intérieur (article L 122-39 du Code du Travail)

Dès lors que le code de conduite en cause instaure *« des règles générales et permanentes en matière de discipline »,* il constitue une adjonction au règlement intérieur.

L'employeur est alors tenu de respecter les règles relatives à :
- **la mise en place et la modification du règlement intérieur :** en l'espèce, le Comité d'Entreprise et le Conseil d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail n'avaient pas été consultés sur l'un des textes en cause, lequel est déclaré nul.

- **l'interdiction d'apporter des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché** (article L 122-35 du Code du Travail) : en l'espèce, le TGI a censuré une disposition qui visait à interdire l'utilisation d'informations dites « à usage interne » sans autorisation expresse de son propriétaire. Trop générale et imprécise, cette clause est jugée contraire à l'article L 122-35 du Code du Travail et déclarée nulle.

Systèmes d'alerte professionnelle : ils doivent être proportionnés aux objectifs poursuivis (article L 120-2 du Code du Travail)

Le système mis en place visait à recueillir les dénonciations ou renseignements des salariés sur tout manquement sérieux en matière comptable, financière ou en matière de lutte contre la corruption, mais aussi *« en cas de manquements graves aux principes énoncés dans le* [Code de conduite] *lorsque est mis en jeu l'intérêt vital du* [groupe] *ou l'intégrité morale ou physique d'une personne (notamment en*

cas d'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle, de divulgation d'informations strictement confidentielles, de conflits d'intérêts, de délit d'initié, de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel) ».

Le TGI a jugé ce champ d'application trop large : *« la notion de manquements graves aux principes décrits dans le* [code de conduite] *lorsqu'est mis en jeu l'intérêt vital du* [groupe] *ou l'intégrité physique ou morale d'une personne apparaît trop vaste ;* ***la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte doit rester très limitée dans la mesure où elle pourrait dégénérer en un système organisé de délation professionnelle*** *».*

En l'espèce, le dispositif a été déclaré nul.

Attention : les entreprises qui entendent mettre en place un système d'alerte professionnelle doivent le faire en respectant le principe de proportionnalité par rapport aux objectifs poursuivis.

➢ Accord GPEC : nouvelles " incertitudes" (Cour d'Appel de Chambéry - 18 octobre 2007 ; Tribunal de Grande Instance de Paris - 6 novembre 2007)

La première incertitude tient à la position de la Cour d'Appel de Chambéry sur l'articulation d'un accord GPEC (Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences) avec un Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE).

En effet, la Cour d'Appel rappelle que l'article L. 320-2 du Code du Travail relatif à la négociation triennale sur la GPEC n'impose pas d'engager une telle négociation avant toute procédure d'information et de consultation du Comité d'Entreprise, au titre des livres III et IV.
Elle rappelle, en outre, que la mise en œuvre d'une procédure de licenciement collectif n'est pas subordonnée au respect préalable de la consultation du Comité d'Entreprise au titre de l'article L. 432-1-1, sur l'évolution et les prévisions d'emploi.

La seconde incertitude porte sur l'application et l'interprétation d'un accord GPEC.

Le TGI de Paris relève que l'accord signé par SFR intitulé « *anticipation, développement des compétences et progression professionnelle* » précise que le cadre d'information privilégié du CCE sur la stratégie du groupe ne concerne que les évolutions structurelles de ce dernier.

Le Tribunal en tire comme conséquence que, l'accord ne contenant aucune définition de l'évènement « conjoncturel », « la cession d'un secteur d'activité à une autre société » caractérisait une telle situation, et consacre ainsi la thèse soutenue par la direction.

Les juges ont ainsi estimé que *« l'offre de reprise des contrats de travail faite par les sociétés,…, dans le cadre d'une sous-traitance, s'analyse comme un événement conjoncturel au sens de l'article 1.3, dès lors qu'il n'est nullement établi que cette offre procède d'une démarche à moyen ou long terme menée par SFR,…, cette possibilité dépendant largement d'offres éventuelles nécessairement aléatoires qu'il est difficile d'anticiper ».*

➢ Le CNE doit être rompu avec un motif valable (Rapport du 14 novembre 2007 du Conseil d'Administration du BIT)

Déjà condamné par le fameux jugement du Conseil de Prud'hommes de Longjumeau, puis par les Cours d'Appel de Paris et Bordeaux, le Contrat Nouvelle Embauche (CNE) a été déclaré non

conforme à la convention n°158 de l'OIT (qui exige un motif valable de licenciement) par le Conseil d'Administration du Bureau International du Travail (BIT).

Le CNE n'est pas mort pour autant : le BIT invite d'ailleurs le gouvernement, en consultation avec les partenaires sociaux, à s'assurer que les CNE ne peuvent être rompus en l'absence d'un motif valable. Dans ces conditions, quelle procédure les employeurs doivent-ils appliquer en cas de rupture du CNE ?

Pour la Cour d'Appel de Paris, le CNE doit être requalifié en un CDI de droit commun (Cour d'Appel de Paris, 18e Chambre - 6 juillet 2007). Cependant les conditions légales organisant les conditions de rupture du CNE sont toujours en place.

En conséquence, doit-on respecter non seulement les règles applicables en matière de rupture de CNE (en particulier le versement de l'indemnité de rupture égale à 8% du montant total de la rémunération brute due au salarié depuis le début du contrat), en même temps que faire application des règles relatives au licenciement de salariés embauchés sous CDI de droit commun (motivation de la lettre de rupture et tenue d'un entretien préalable afin de garantir une procédure contradictoire) ?

Droit Fiscal

Les dispositions de la **Loi de Finances** font chaque année couler beaucoup d'encre… et de salive. D'importantes réformes sont en cours, tout particulièrement en matière de fiscalité. Il est donc primordial d'être sensibilisé aux nouvelles règles.
Nous vous proposons donc d'en examiner les aspects essentiels lors d'une **demi-journée d'information gratuite**, afin de mieux comprendre les évolutions, éclairer les questions pratiques et analyser les opportunités comme les risques.

A l'ordre du jour de cette rencontre, notamment :

- **Coups de projecteurs sur**
  - Les nouveaux avantages octroyés aux personnes physiques
  - La relance des dépenses de recherche et développement
  - Un contrôle renforcé de l'administration fiscale sur les entreprises
  - L'allégement des contraintes pour les PME
  - De nouvelles règles importantes en matière de TVA
- Les **décisions jurisprudentielles** les plus significatives
- Les **tendances actuelles** de l'administration fiscale

Pour vous inscrire, rendez-vous sur notre site Internet : www.lamy-lexel.com

➢ **Impôt sur les sociétés : charge de la preuve pesant sur le contribuable…et sur l'Administration. (Conseil d'Etat, 3° et 8° sous-sections - 21 mai 2007, n°284719, min.c/ Société Sylvain Joyeux)**

Le Conseil d'État vient de clarifier les obligations qui pèsent sur le contribuable et l'Administration en matière de preuve d'une charge déduite à l'appui d'une facture.

Il rappelle qu'il appartient à l'entreprise de justifier le montant des charges déduites et le principe même de leur déductibilité.

Ces obligations sont réputées satisfaites par la production d'une facture régulière relative à un achat de biens ou de services, dont la déductibilité par nature n'est pas contestée par l'Administration et qui correspond à une dépense réellement supportée.
Ainsi, **la production d'une facture régulière constitue une présomption de déductibilité de la charge qui lui correspond.**

L'Administration peut néanmoins demander à l'entreprise qu'elle fournisse tous les éléments d'informations susceptibles de justifier la réalité et la valeur des prestations ou des biens acquis.
Cependant, cette demande d'information ne transfert pas la charge de la preuve de l'Administration sur le contribuable.

En effet, l'absence de réponse ou l'insuffisance des éléments fournis par le contribuable ne suffit pas à elle seule à fonder la réintégration de la dépense litigieuse dès lors que la charge de la preuve continue à peser sur l'Administration.
L'Administration doit être en mesure de fournir des éléments supplémentaires permettant d'étayer son redressement.

Il n'en demeure pas moins que **les charges ainsi déduites doivent être appuyées de justifications permettant à l'administration de vérifier leur existence et leur montant**.

➢ Contrôle fiscal : relèvement à 4 500 € du seuil au-dessous duquel le sursis de paiement est accordé de droit (Décret n° 2007-1584, JO n°260 du 9 novembre 2007 modifiant l'article R. 277-7 du Livre des Procédures fiscales)

En cas de réclamation faisant suite à l'émission d'un avis de mise en recouvrement, l'Administration fiscale exige en principe du contribuable qu'il constitue des garanties pour pouvoir bénéficier valablement du sursis de paiement.

Cependant, le débiteur est dispensé de constituer des garanties lorsque les droits réclamés sont inférieurs à 3.000 €, seuil désormais porté à 4.500 €.

➢ Contrôle fiscal / abus de droit : donation de titres suivis d'une cession des titres reçus. Avis rendus par le Comité consultatif pour la répression des abus de droit / BOI 13 L- 6-07 du 14 octobre 2007 / Affaire 2006-07

Le Comité de Répression des Abus de Droits a publié par anticipation les avis rendus dans les contentieux traités dans les premiers mois de 2007, apportant notamment un éclairage supplémentaire sur les opérations de donation avant vente (deux affaires).

A titre d'illustration, le Comité a développé le cas suivant.
Monsieur et Madame F détiennent la quasi-totalité du capital d'une société (1000 actions).

Le 27 novembre 2001, Monsieur et Madame F ont fait donation à leur fille de 450 actions de cette société pour une valeur totale de 1.125.000 Francs (soit 2.505 Francs par actions).
Le 1er décembre 2001, Monsieur et Madame F ainsi que leur fille ont cédé leurs actions pour un montant total de 2.500.000 Francs (soit 2.505 Francs par action)
Le 25 juillet 2002, ils créent tous les trois une SCI en vue d'acquérir un terrain à bâtir.

Le Comité rend un avis négatif et considèrent ces opérations comme non constitutives d'un abus de droit dès lors qu'il constate :

- **la liberté laissée au donataire** qui n'était ni obligé de céder les titres donnés, ni obligé de s'associer avec les donateurs pour le remploi des fonds provenant de la cession ;
- **l'intention libérale des donateurs**, l'Administration ne démontrant pas que ces derniers se sont réapproprié les gains de cession des actions précédemment donnés.

Dans une seconde espèce nettement plus discutable (donation démembrée avec clause d'interdiction d'aliéner, clause de remploi obligatoire et convention de quasi usufruit), le Comité émet également un avis négatif.

Il relève notamment l'existence, aux termes de la convention de quasi usufruit, d'une créance du donataire sur le donateur qui établit selon lui l'absence de réappropriation des biens donnés par le donateur.

Cette analyse particulièrement favorable au contribuable nous apparaît très audacieuse.

Elle pourrait cependant être remise en cause par la juridiction qui aura à connaître du contentieux fiscal (l'Administration ayant décidé de ne pas suivre l'avis défavorable du Comité et de porter le litige devant le tribunal).

➢ Déclaration DAS 2 : Modification des informations à déclarer (Instruction du 24 octobre 2007, 13 K-9-07)

A compter des revenus 2007 déclarés en 2008, seules les sommes versées supérieures à 600 € par an pour un même bénéficiaire devront être portées sur la déclaration des commissions, ristournes, honoraires, courtages des tiers déclarants non tenus à souscrire une déclaration de résultat (association à but non lucratif notamment), dite DAS 2.
De plus, la date de dépôt de cette déclaration est reportée au 30 avril (contre le 30 janvier jusqu'alors) de l'année suivant celle du versement des sommes en cause.

Droit Immobilier

➢ Vente d'une installation classée : champ d'application de l'obligation d'information de l'article L 514-20 du Code de l'Environnement (Cour de Cassation – 3ème Chambre Civile – 20 juin 2007)

L'article L 514-20 du Code de l'Environnement oblige le vendeur d'un terrain sur lequel une installation soumise à autorisation a été exploitée, à en informer l'acheteur par écrit. Il l'informe également, « pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation ». En cas de non respect de cette obligation, l'acheteur a le choix de poursuivre la résolution de la vente ou de se faire restituer une partie du prix.

Sur le fondement de ces dispositions, une entreprise, estimant que le vendeur lui avait dissimulé l'exploitation sur le terrain vendu d'une installation classée, a demandé au vendeur des dommages et intérêts correspondant aux frais d'enlèvement d'équipements et d'installations présents sur le terrain.

La décision de la Cour d'Appel accueillant cette demande s'est vue censurée par la Cour de Cassation au motif que l'acheteur n'avait pas apporté la preuve que les installations qui se trouvaient sur le terrain en cause étaient bien soumises à autorisation, et non seulement à déclaration.

Cet arrêt vient délimiter le domaine d'application de l'article L 514-20 du Code de l'Environnement, en en faisant une interprétation stricte. En pratique, seuls sont concernés par cette obligation d'information les vendeurs de terrains sur lesquels des installations soumises à autorisation avaient été préalablement exploitées.